

Rechtspraak op het snijvlak van mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrecht: het evenwicht tussen de rechtsgebieden in het arrest *IMS Health*

3

Mr. J.C.A. Houdijk*

Het Hof van Justitie EG formuleert vier cumulatieve voorwaarden in het *IMS Health*-arrest om te toetsen of sprake is van misbruik van machtspositie in de zin van art. 82 EG in geval van licentieweigering van een IE-recht. Een aantal vragen blijft echter bestaan, onder andere over de eis van de introductie van een nieuw product en over het punt of de gegeven voorwaarden in alle mededingingszaken waar IE-rechten centraal staan van toepassing zijn.

1. Inleiding

In april 2004 heeft het Hof van Justitie EG zich in het belangrijke arrest *IMS Health*¹ duidelijk uitgelaten over de toepassing van het communautaire mededingingsrecht op de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten (hierna: IE-rechten) door de rechthebbende. Het arrest vormt een bevestiging van de terughoudende toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van zulke rechten. Toch maakt de uitspraak van het Hof van Justitie zeker niet een einde aan alle vragen die spelen rondom de botsing tussen mededingings- en IE-recht. Deze bijdrage richt zich op een analyse van het arrest van het Hof, de betekenis ervan voor andere zaken, en de vragen die overblijven voor de toekomst.

Het vraagstuk van de toepassing van het mededingingsrecht in IE-zaken speelt al vele jaren op zowel communautair als nationaal niveau. Op Europees vlak zijn specifieke IE-gerelateerde art. 82 EG-zaken aan de orde geweest zoals *Renault*,² *Volvo/Veng*,³ *Magill*⁴ en *Ladbroke*.⁵ Ook niet IE-gerelateerde art. 82-zaken zoals *Bronner* beïnvloedden de discussie over de toepassing van het mededingingsrecht op de uitoefening van IE-rechten.⁶ Op nationaal vlak heeft op dit specifieke gebied in Nederland bijvoorbeeld jarenlang de zaak rond de programmeergegevens van de publieke omroepen gespeeld.

Het EG-Verdrag treedt niet in het bestaan van IE-rechten,⁷ maar ziet wel toe op de uitoefening van deze rechten. Dit laatste kan bijvoorbeeld geschieden via art. 28 en 29 EG en art. 81 en 82 EG.

Het Hof van Justitie heeft al in het arrest *Hoffmann-La Roche* beslist dat een IE-recht (i.c. een industrieel eigendomsrecht) kan worden gebruikt als een 'middel tot misbruik' van een machtspositie in de zin van art. 82

EG.⁸ De rechthebbende van een IE-recht is echter in principe vrij om zijn recht wel of niet, en onder zijn eigen voorwaarden, te licentiëren aan derden. Een verplichting om aan derden een licentie te verlenen (zelfs tegen billijke

* De auteur is werkzaam als junior wetenschappelijk medewerker bij de sectie Internationaal & Europees Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Het manuscript van deze bijdrage is, op enige aanpassingen na, afgesloten op 1 september 2004.
Citeerwijze: J.C.A. Houdijk, 'Rechtspraak op het snijvlak van mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrecht: het evenwicht tussen de rechtsgebieden in het arrest *IMS Health*', *SEW* 2005, 3.

- 1 HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG t. NDC Health GmbH & Co. KG* ('*IMS Health*' of '*IMS*'), n.n.g.; conclusie in deze zaak van A-G Tizzano van 2 oktober 2003, n.n.g.
- 2 HvJ EG, zaak 53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Spa Maxicar t. Régie nationale des usines Renault* ('*Renault*'), *Jur.* 1988, p. 6039.
- 3 HvJ EG, zaak 238/87, *AB Volvo t. Erik Veng* ('*Volvo/Veng*'), *Jur.* 1988, p. 6211. Het geschil in deze zaak draaide er om dat Erik Veng Volvo-carrosserieonderdelen, die zonder toestemming van Volvo waren vervaardigd, importeerde en verkocht in het Verenigd Koninkrijk. Volvo heeft het modelrecht op deze auto-onderdelen en weigerde om Veng tegen een redelijke vergoeding een licentie te verstrekken. Zie ook HvJ EG, zaak C-38/98, *Renault t. Maxicar*, *Jur.* 2000, p. 1-2973.
- 4 HvJ EG, gevoegde zaken C-241/91P en C-242/91P, *RTE en ITP t. Commissie* ('*Magill*'), *Jur.* 1995, p. 1-743.
- 5 GvEA, zaak T-504/93, *Tiercé Ladbroke NV t. Commissie* ('*Ladbroke*'), *Jur.* 1997, p. 11-927. Het gaat in dit arrest om de uitoefening van IE-rechten op televisie-uitzendingen van Franse paardenraces. Ook in vroegere zaken voor het Hof van Justitie komt de toepassing van art. 82 EG al aan de orde op de uitoefening van IE-rechten. Zie HvJ EG, gevoegde zaken 51 en 96/75, *EMI Records t. CBS United Kingdom e. a.*, *Jur.* 1976, p. 811. Zie verder nog: GvEA, zaak T-30/89, *Hilti t. Commissie*, *Jur.* 1991, p. 11-1439.
- 6 HvJ EG, zaak C-7/97, *Oscar Bronner t. Mediaprint c.s.* ('*Bronner*'), *Jur.* 1998, p. 1-7791, *NJ* 1999, 523.
- 7 Het EG-Verdrag laat de lidstaten vrij om hun eigen systeem van bescherming van (intellectuele) eigendom op te zetten. Art. 295 EG (eigendomsneutraliteit) en art. 30 EG (domein van het vrij verkeer van goederen) bieden lidstaten hiertoe de mogelijkheid. Voor vraagtekens bij het uitgangspunt dat art. 295 EG ook ziet op IE-rechten, zie P.J. Kreijger, 'De afbakening tussen intellectuele eigendomsrechten en de Nederlandse Mededingingswet', *IER* 2002, afl. 4, p. 167. Zie verder het arrest *Volvo/Veng* (r.o. 7): zolang de nationale regels met betrekking tot het IE-recht niet zijn geharmoniseerd worden de voorwaarden waaronder en de wijze waarop een IE-recht wordt beschermd bepaald door de nationale rechtsregels. Ook wanneer sprake zou zijn van communautair IE-recht, blijft de dieper liggende botsing tussen twee rechtsfiguren (mededingingsrecht en IE-recht) echter dezelfde.
- 8 HvJ EG, zaak 102/77, *Hoffmann-La Roche*, *Jur.* 1978, p. 1139, r.o. 16, p. 1168.

royalty's) zou hem de essentie van zijn exclusieve recht ontzeggen.⁹ Het uitgangspunt sinds *Volvo/Veng* (zoals bevestigd door het Hof van Justitie in *Magill*) is als volgt: de weigering om een licentie te verlenen op een IE-recht, ook al gaat zij uit van een onderneming met een machtspositie, kan op zichzelf geen misbruik van die machtspositie opleveren, tenzij sprake is van uitzonderlijke omstandigheden.¹⁰ De vragen rijzen omtrent de invulling van dit begrip 'uitzonderlijke omstandigheden' met concrete voorwaarden.

De afgelopen jaren kwamen vragen op over de invloed van de 'essential facilities'-doctrine op de formulering van de precieze voorwaarden voor misbruik van machtspositie bij de botsing tussen mededingingsrecht en IE-recht. De doctrine heeft als uitgangspunt dat de toegang tot eigendom gedeeld moet worden indien die toegang voor een andere marktpartij essentieel is voor het betreden van markten en het bereiken van klanten.¹¹ In de arresten *Volvo/Veng* en *Magill* zijn tamelijk restrictieve en specifieke voorwaarden te vinden voor de toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van de uitoefening van IE-rechten. De benadering in *Ladbroke* was ondoorzichtiger en de voorwaarden die daar werden geformuleerd leken meer aan te sluiten bij een algemene 'essential facilities'-doctrine.¹²

Door de specifieke omstandigheden van (bovengenoemde) zaken is het niet altijd eenvoudig een algemene lijn te distilleren uit de rechtspraak. Zo brachten in *Magill* de karakteristieken van de zaak het Hof tot de conclusie dat sprake was van misbruik van machtspositie.¹³ Eén van de belangrijkste vragen na het *Magill*-arrest was of de criteria uit die uitspraak een samenspel van omstandigheden betroffen dat ruimte liet voor zaken met andere kenmerken om ook tot de vaststelling van misbruik van machtspositie aanleiding te geven, of dat de criteria harde, cumulatieve voorwaarden vormden voor misbruik. De verschillende mogelijkheden komen tot uiting in de vraag of (pas) sprake is van misbruik indien door de licentieweigering de introductie van een nieuw product wordt tegengehouden; of dat (al) sprake is van misbruik indien door de licentieweigering de toegang tot de markt voor nieuwe ondernemingen wordt belemmerd; of dat de waarheid ergens in het midden ligt.

Belangrijke argumenten voor een terughoudender benadering van IE-rechten dan van 'normale' eigendomsrechten van een product bij de misbruikvraag luiden als volgt. Het feit alleen al dat er rondom eigendomsrechten van intellectuele aard een heel specifiek juridisch systeem is gebouwd, bevestigt reeds dat deze categorie 'eigendom' als een aparte categorie van eigendomsrechten met eigen kenmerken wordt beschouwd. Dat daarbij is nagedacht over een genuanceerde bescherming en is gezocht naar een evenwicht wordt onderstreept door het feit dat in het auteursrecht ideeën, methoden, stijlen en concepten niet worden beschermd, en dat het octrooirecht de interne dwanglicentie kent. Hieruit blijkt dat het IE-recht zelf ook al grenzen stelt aan de strekking en uitoefening van zijn rechten ten bate van vrijere mededinging.

IE-rechten leiden – in tegenstelling tot 'normale' eigendomsrechten – veelal slechts tot een in tijd beperkte uitschakeling van de mededinging. De meeste van deze rechten hebben immers maar een beperkte looptijd. Bij de vaststelling van de beschermingsduur heeft dus reeds een

afweging plaatsgevonden tussen het belang van de vrije mededinging enerzijds en de stimulering van onderzoek en ontwikkeling en creativiteit anderzijds.¹⁴ Bij normale (wettelijke) eigendomsbescherming heeft een dergelijke afweging niet plaatsgevonden. Het verschil met 'gewone' eigendomsbescherming is dus dat bij het IE-recht al een afweging is gemaakt tussen de vrije uitoefening van eigendom en de beperkingen die dat voor andere ondernemingen en daarmee voor het proces van vrije mededinging meebrengt.

De inmenging in en inbreuk op IE-rechten is op bovenvermelde gronden nog minder gewenst dan een eigendomsschending in reguliere eigendomsgevallen, waarvoor de 'essential facilities'-doctrine over het algemeen opgaat. Het Hof van Justitie heeft in het *IMS Health*-arrest een duidelijke beslissing genomen over de koers die moet worden gevolgd in botsingssituaties tussen mededingingsrecht en IE-recht. In eerdere arresten heeft het soms enige onzekerheid laten bestaan over de juiste opstelling van het mededingingsrecht ten aanzien van het IE-recht. Denk hierbij aan het *Ladbroke*-arrest, waarin het Gerecht van eerste aanleg EG de schijn wekte van een afwijkende koers die meer rigide was ten opzichte van het IE-recht dan de koers uit *Magill*. In *Ladbroke* verwerpt het Gerecht een klacht wegens misbruik van machtspositie, maar blinkt het niet uit in helderheid op het vlak van de formulering van de exacte voorwaarden voor misbruik in situaties van de uitoefening van een IE-recht.¹⁵ Het Gerecht wekt de indruk dat de voorwaarde van de verhindering van de introductie van een nieuw product en de voorwaarde van de onontbeerlijkheid van een IE-licentie voor de uitoefening van de betreffende activiteit alternatieve criteria vormen voor misbruik van machtspositie.¹⁶ Uit analyses van dit arrest komt naar voren dat men uit de afhandeling van de

9 Een leveringsweigering van een (licentie op een) IE-recht is niets anders dan het gevolg van de uitoefening van dat recht en vormt dan ook zeker geen 'per se' misbruik van machtspositie. Zie de conclusie van A-G Mischo in zaak 238/87, *Volvo/Veng*, Jur. 1988, p. 6211, par. 35.

10 *Magill*, r.o. 49 en 50.

11 Zie ook L. Hancher & H.H.P. Lugard, 'De essential facilities doctrine. Het Bronner arrest en vragen van mededingingsbeleid', *SEW* 1999, p. 323.

12 Zie S. van Loon, *Databankenrecht en mededinging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 47.

13 Het was echter niet zeker of andere omstandigheden die wat minder schadelijk waren voor de mededinging ook tot de conclusie van misbruik aanleiding zouden kunnen geven.

14 L. Hancher & H.H.P. Lugard, 'De essential facilities doctrine. Het Bronner arrest en vragen van mededingingsbeleid', *SEW* 1999, p. 332, l.k.

15 In de literatuur is de vraag aan bod gekomen of het onontbeerlijkheidscriterium complementair was aan het criterium van de introductie van een nieuw product, of dat het echt een alternatief criterium zou zijn. Zie voor de optie van het alternatieve criterium: S. D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights. The Regulation of Innovation*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 214. Zie voor de optie van het complementaire criterium: B. Doherty, 'Just what are essential facilities?', *CMLR* (38) 2001, p. 410.

16 Dit geschiedt door het gebruik van het woordje 'of' bij de opsomming van twee voorwaarden voor misbruik. Zie r.o. 131 van het *Ladbroke*-arrest: 'De weigering om aan verzoekster te leveren kan namelijk slechts onder het verbod van artikel 86 vallen, indien zij betrekking heeft op een product of een dienst die essentieel lijkt voor de uitoefening van de betrokken activiteit, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel substituuut bestaat, of op een nieuw product waarvan de introductie wordt belet ondanks een constante en regelmatige potentiële vraag van de zijde van de consumenten (...)'.
 17

genoemde criteria ook wel kan afleiden dat het Gerecht ze als cumulatieve voorwaarden beschouwt.¹⁷ *Ladbroke* is in zekere zin een dissonant in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de toepassing van het EG-mededingingsrecht op de uitoefening van IE-rechten, en heeft voor verwarring gezorgd omdat het arrest ruimte liet voor een meer beperkende interpretatie vanuit het mededingingsrecht ten aanzien van IE-rechten.

In het *IMS Health*-arrest laat het Hof zich duidelijk uit over de vraag of de omstandigheid van de verhinderende van de introductie van een nieuw product een harde voorwaarde is voor de toepassing van art. 82 EG, of dat het slechts één van de omstandigheden is die kan leiden tot de constatering van misbruik van machtspositie. Anders dan in *Magill* kwalificeert het Hof in *IMS Health* deze maatstaf samen met enkele andere criteria als cumulatieve voorwaarden.¹⁸

2. Feiten

In deze zaak staat de weigering tot licentieverlening centraal van een in Duitsland auteursrechtelijk beschermd informatiesysteem voor de ordening en verwerking van verkoopgegevens van geneesmiddelen.

IMS Health (hierna: IMS) is een internationale onderneming die gespecialiseerd is in het verzamelen en verkopen van marktinformatie aan de farmaceutische sector. IMS is ook actief op de Duitse markt en levert daar gegevens over voorgeschreven medicijnen en regionale verkoopresultaten van geneesmiddelen aan farmaceutische ondernemingen. IMS levert deze gegevens aan in een bepaalde databank, gefundeerd op een structuur bestaande uit 1860 bouwstenen. Deze bouwstenen zijn gebaseerd op verscheidene criteria zoals de postcodegebieden, de bevolkingsdichtheid en de geografische spreiding van apotheken en artspraktijken. Ook Duitse wettelijke voorschriften vormden een belangrijke factor bij de opbouw van de bouwsteenstructuur. IMS heeft deze structuur in een langdurige samenwerking met de farmaceutische industrie ontwikkeld. De bouwsteenstructuur is door de jaren heen uitgegroeid tot een standaard in Duitsland, waarop de klanten van IMS hun eigen informatica- en verkoopstructuur hebben afgestemd. Een groot aantal factoren van functionele, administratieve, logistieke, technische en wettelijke aard belemmeren de overschakeling op een andere structuur in de markt.¹⁹ Andere ondernemingen die dezelfde soort diensten willen aanbieden in de markt als IMS hebben dus eigenlijk deze IMS-structuur nodig om hun informatie in aan te bieden. Daarmee is de structuur van IMS Health *de facto* bijna een industriële norm geworden.

Concurrent NDC Health heeft een gegevensbank ontwikkeld voor farmaceutische ondernemingen die zeer sterk overeenkomt met het product van IMS.²⁰ Ook het ontwerp van NDC is gebaseerd op een structuur van 1860 bouwstenen, waarop een IE-recht (auteursrecht) van IMS rust. IMS start een civielrechtelijke procedure tegen NDC voor de Duitse rechter, het *Landgericht Frankfurt am Main*, wegens een inbreuk op haar auteursrecht.²¹ In deze procedure komt natuurlijk de vraag aan de orde of IMS geen misbruik maakt van haar machtspositie door te weigeren om NDC een licentie te verlenen op het IE-recht en aldus te voorkomen dat NDC de gegevensbank in

productie kan nemen.

De Duitse rechter stelde over deze kwestie drie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EG die op het volgende neerkomen:²²

1. Levert de weigering om een licentie te verlenen op een IE-recht misbruik van machtspositie op indien potentiële afnemers elk product dat niet gebruikmaakt van het IE-recht afwijzen?
2. Is voor de misbruikvraag relevant dat het afnemersveld van de IMS gegevensbank heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van de structuur?
3. Is de omschakelingsinspanning van potentiële afnemers van het concurrerende product naar een alternatieve standaard (en in het bijzonder de daarmee verbonden kosten) relevant voor de misbruikvraag?²³

In de bovenstaande zaak rond het IE-recht van IMS Health spelen verschillende procedures. Het arrest van het Hof van Justitie dat hier centraal staat behelst een antwoord op de prejudiciële vragen van de Duitse rechtbank in het beschreven geschil tussen IMS Health en NDC Health. De Commissie heeft zich echter ook actief bemoeid met deze zaak. In een beschikking uit 2001 heeft de Commissie IMS Health als voorlopige maatregel verplicht een licentie te verlenen op haar IE-recht aan alle ondernemingen op de betreffende Duitse markt die daarom verzochten. Dit

¹⁷ Het Gerecht besteedt niet genoeg aandacht aan de voorwaarde van de introductie van een nieuw product, om dit criterium serieus te nemen, zo luidt de analyse. Nu de voorwaarde niet serieus wordt behandeld, kan deze ook niet daadwerkelijk alternatief zijn. Ergo, het draait om cumulatieve voorwaarden. Het Gerecht constateert dat aan de eerste niet wordt voldaan, en de tweede hoeft dan niet langer bekeken te worden. De weinige woorden die het Gerecht wijdt aan de voorwaarde van de verhinderende van de introductie van een nieuw product, kan men beschouwen als een 'obiter dictum'. Zie A. Narciso, 'IMS Health or the Question Whether Intellectual Property Still Deserves a Specific Approach in a Free Market Economy', *Intellectual Property Quarterly* 2003, nr. 4, p. 462.

¹⁸ *IMS Health*, r.o. 38.

¹⁹ Zie voor een specifieke opsomming van alle belemmeringen om over te schakelen op een andere structuur: beschikking 2003/741/EG van de Commissie van 13 augustus 2003 in de zaak NDC Health/IMS Health, *PbEG* 2003 L 268/69, par. 1.

²⁰ Eigenlijk heeft niet NDC Health maar een ander bedrijfje, PII, de gelijksoortige gegevensbank ontwikkeld. PII wilde net als IMS een gegevensbank op de markt brengen. PII merkte al snel dat potentiële afnemers een product met een afwijkende structuur niet accepteerden. PII ging dan ook over tot het produceren van gegevensbanken met eenzelfde structuur als het product van IMS. PII is op een bepaald moment overgenomen door NDC Health dat daarmee ook de problemen met IMS in huis haalde.

²¹ Oorspronkelijk was deze procedure gericht tegen PII, maar na de overname door NDC kon deze laatste onderneming meteen de rol van gedaagde overnemen in de civiele procedure.

²² *IMS Health*, r.o. 17.

²³ Vraag 2 en 3 zijn te beschouwen als subvragen van vraag 1.

teneinde het gebruik en de verkoop van regionale verkoopgegevens die worden gepresenteerd op basis van de betreffende structuur door andere ondernemingen mogelijk te maken.²⁴ Zou IMS geen licentie verlenen aan andere ondernemingen, dan zou zij in strijd handelen met art. 82 EG. De Commissie heeft de betreffende beschikking in een later besluit echter weer ingetrokken.²⁵ Het was duidelijk dat de beslissing van het Hof van Justitie in de prejudiciële zaak van groot belang zou zijn voor verdere stappen van de Commissie ten aanzien van IMS Health. Met de prejudiciële beslissing van het Hof zoals ze er nu ligt, worden die stappen ernstig bemoeilijkt. Over de prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie nu meer.

3. De relevante markt

De vraag naar de relevante markt waarvoor de licentiestrijd wordt uitgevochten lijkt simpel te beantwoorden: het gaat om de primaire markt van verkoop van gegevensbanken waarvoor een IE-recht benodigd is op een bepaalde gegevensstructuur. In de marktsituatie van *IMS Health* kan men niet gemakkelijk een 'upstream' en een 'downstream' markt (een primaire én een secundaire markt) onderscheiden, zoals dat wel kon in bijvoorbeeld *Magill*.²⁶ In deze laatste zaak bestond de primaire markt uit het opstellen van programmeringlijsten van televisieprogramma's, en de secundaire markt uit de uitgifte van televisiegidsen.

Het Hof kiest in *IMS* voor een benadering die het ook in eerdere arresten heeft aangehouden, en heeft het over een eerder stadium van de markt, en een (afgeleid) later stadium van de markt. Het blijft hiermee dicht bij de redeneringvorm van *Bronner*.²⁷ In deze tweedeling is het van groot belang dat het stroomopwaartse product onontbeerlijk is voor de levering van het stroomafwaartse product, aldus het Hof.²⁸ Door de verschillende stadia in het productieproces op deze wijze te scheiden, vormt het IE-recht zelf, of beter: de innovatie waarop het IE-recht rust, de primaire markt (deze markt mag zelfs louter hypothetisch zijn van het Hof), en de toepassing van het IE-recht in het product of de dienst de afgeleide markt. Het gaat dus om een markt voor de IT-(gegevens)structuur en een afgeleide markt voor de databank met verkoopgegevens. Het Hof maakt zijn indeling in primaire en secundaire markt hier meer met het oog op het productieproces (de productiestadia) van het betreffende goed dan na een analyse van de daadwerkelijke productmarkt.²⁹

Feitelijk lijkt het in *IMS Health* te gaan om een primaire of principale markt van levering van een farmaceutische gegevensbank.³⁰ IMS richt zich op het aanbieden van informatie aan farmaceutische bedrijven. Dit vormt haar principale markt. Voor dat aanbieden van informatie is een bepaalde 'drager' of structuur noodzakelijk, en dat zijn de IE-rechtelijk beschermde matrices waarin de informatie wordt overgedragen aan de kopers. Deze structuur bepaalt dus feitelijk de principale markt voor IMS. De rechthebbende krijgt in geval van verplichte licentiëring van zijn IE-recht ook te maken met een directe concurrent op zijn kernmarkt. In deze redeneerwijze is de markt waarop de exploitatie van de innovatie primair gericht is de principale markt, en de markt die als 'bijverdienste' meegenomen kan

worden in de exploitatie van de innovatie de secundaire markt.³¹

Het voordeel van de redeneervorm van het Hof is wel dat het uitgangspunt helder is. Alle producties of dienstverrichtingen waarvoor een IE-recht gebruikt wordt, zijn op deze manier afgeleide activiteiten.³² De belemmering van deze activiteiten door een licentieweigering van de IE-rechthebbende kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden misbruik van machtspositie opleveren.

4. De belangrijkste overwegingen en het dictum

Het Hof van Justitie behandelt eerst de laatste twee subvragen van de Duitse rechter, en gaat dan over tot behandeling van de eerste prejudiciële vraag die het Hof de gelegenheid geeft om de concrete voorwaarden voor misbruik van machtspositie bij de uitoefening van IE-rechten duidelijk te formuleren.

Het Hof herhaalt in r.o. 38 de drie criteria uit *Magill* en bevestigt dat het hier gaat om cumulatieve voorwaarden voor misbruik. Daarmee wordt meteen een duidelijk samenstel van voorwaarden neergezet (bevestigd) voor de toepassing van het EG-mededingingsrecht op de uitoefening van IE-rechten.

Het Hof beslist verder dat de voorwaarde van de verhindering van de introductie van een nieuw product een absolute maatstaf is voor de toepassing van het mededingingsrecht. Het formuleert dit als volgt in r.o. 49:

'49. De weigering van een onderneming met een machtspositie om toegang te verlenen tot een door een intellectueel eigendomsrecht beschermd product, dat onontbeerlijk is om actief te zijn op een afgeleide markt, levert dus enkel misbruik op indien de onderneming die om de

24 Beschikking 2002/165/EG van de Commissie van 3 juli 2001 inzake een art. 82 EG-procedure in de zaak NDC Health/IMS Health, *PbEG* 2002 L 59/18, zie art. 1-3.

25 Beschikking 2003/741/EG van de Commissie van 13 augustus 2003 in de zaak NDC Health/IMS Health, *PbEG* 2003 L 268/69, art. 1. Als reden voor de intrekking gaf de Commissie een materiële wijziging in de marktomstandigheden in Duitsland van de betrokken partijen. De president van het Gerecht van eerste aanleg had echter inmiddels de tenuitvoerlegging van Beschikking 2002/165 al opgeschort (zie zijn beschikking van 26 oktober 2001 in zaak T-184/01R, *IMS Health/Commissie*, *Jur.* 2001, p. II-3193). Uiteindelijk was het gewoon wachten op een beslissing in de prejudiciële zaak en is de procedure in de hoofdzaak betreffende Beschikking 2002/65 opgeschort tot het antwoord op de prejudiciële vraag er zou zijn.

26 En zeker ook in de Nederlandse zaak rond de programmeergegevens van de publieke omroepen. Meer over deze zaak verderop in deze bijdrage.

27 *IMS Health*, r.o. 40-42.

28 *IMS Health*, r.o. 44 en 45.

29 Zie ook A. Kamperman Sanders, 'Intellectuele eigendom na HvJ EG *IMS Health/NDC Health*: de dwanglicentie in opmars?', *AMI* 2004, p. 131.

30 Zie W.A. Hoyng, noot bij *IMS Health/Commissie*, *M&M* 2002, p. 114, r.k.

31 Van gebruik van een IE-recht voor een secundaire markt is dus pas sprake indien met dat recht een bijproduct wordt vervaardigd. De markt van dit bijproduct kan als secundair bestempeld worden. De *Magill*-zaak vormt hiervoor een goed voorbeeld: televisiegidsen zijn bijproducten van de hoofdactiviteit, zijnde het programmeren en uitzenden van televisieprogramma's.

32 Slechts de overdracht van het IE-recht aan een nieuwe rechthebbende zou behoren tot de primaire markt.

licentie heeft verzocht niet voornemens is zich in wezen te beperken tot het aanbieden van producten of diensten die de houder van het intellectueel eigendomsrecht reeds op de afgeleide markt aanbiedt, maar de bedoeling heeft nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat.³³

Hiermee kiest het Hof van Justitie dus voor een scherpe afbakening van de toepassing van het rechtsgebied van het mededingingsrecht ten aanzien van IE-rechten.

Het Hof komt uiteindelijk tot de volgende concrete uitspraken in het dictum van het arrest:

‘1) Bij het onderzoek of de weigering van een onderneming met een machtspositie om een gebruikslicentie te verlenen voor een bouwsteenstructuur die is beschermd krachtens een intellectueel eigendomsrecht waarvan zij houder is, misbruik oplevert, moet rekening worden gehouden met zowel de mate waarin de gebruikers hebben deelgenomen aan de ontwikkeling van die structuur als de inspanning die de potentiële afnemers zullen moeten leveren om op een alternatieve structuur berustende marktonderzoeken over regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen te kunnen aankopen en in het bijzonder de daarmee verbonden kosten, om te bepalen of de beschermde structuur onontbeerlijk is voor de verkoop van dergelijke onderzoeken.

2) De weigering van een onderneming met een machtspositie die houder is van een intellectueel eigendomsrecht op een bouwsteenstructuur die onontbeerlijk is voor de aanbieding van regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in een lidstaat, om een licentie voor het gebruik van deze structuur te verlenen aan een andere onderneming die dergelijke gegevens eveneens wenst te verstrekken in dezelfde lidstaat, levert misbruik van een machtspositie in de zin van art. 82 EG op wanneer is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- de onderneming die om de licentie heeft verzocht, is voornemens op de markt van levering van de betrokken gegevens nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder van het intellectueel eigendomsrecht niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat;³⁴

- de weigering is niet gerechtvaardigd op objectieve gronden;³⁴

- door de weigering wordt de markt van de levering van verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in de betrokken lidstaat voorbehouden aan de houder van het intellectueel eigendomsrecht en wordt elke mededinging op die markt uitgesloten.’³⁵

Onder punt 2 van het dictum staan dus de drie cumulatieve voorwaarden voor misbruik bij de botsing tussen IE- en mededingingsrecht, die eigenlijk een herhaling vormen van de voorwaarden uit *Magill*. Ze zijn hier alleen wat meer toegespitst op de omstandigheden van de zaak.

Onder punt 1 is een ‘onontbeerlijkheidsfactor’ geformuleerd met twee subcriteria. De twee subcriteria zijn de mate waarin de gebruikers hebben deelgenomen aan de ontwikkeling van de door het IE-recht beschermde innovatie, en de inspanning (in het bijzonder de kosten) die potentiële afnemers zullen moeten leveren om over te stappen naar een alternatief product.

De onontbeerlijkheidsfactor komt kort terug in de aanhef onder punt 2 vóór de drie cumulatieve criteria. Hoewel

deze maatstaf niet in de opsomming van voorwaarden zelf staat vermeld, vormt hij wel een zeer belangrijke voorwaarde. Hij kan dan ook eigenlijk beschouwd worden als een zelfstandige voorwaarde die als eerste in het rijtje aan bod dient te komen. Voordat men verder kan gaan met de andere voorwaarden voor misbruik moet eerst vaststaan dat het IE-recht in kwestie absoluut noodzakelijk is om een bepaald product op de markt te brengen. Zo niet, dan staat een licentieweigering immers niet in de weg aan toegang tot de markt voor een potentiële concurrent. Met deze maatstaf in de hand dient men scherp te onderzoeken of er echt geen alternatieven zijn te ontwikkelen voor het door het IE-recht beschermde idee. Dit is een belangrijk punt dat men ook pregnant terugziet in ‘essential facilities’-arresten als *Bronner*. Op dit punt sluit *IMS Health* dus sterk aan bij een belangrijk element uit de ‘essential facilities’-doctrine. Het is overigens niet helemaal duidelijk wat de deelname van de gebruikers aan de ontwikkeling van het door een IE-recht beschermd product bijdraagt als toetsingsfactor. Hiermee moet ‘rekening gehouden worden’ aldus het Hof bij de vaststelling of een IE-recht wel of niet onmisbaar is voor toetreding tot de markt. Het Hof krijgt natuurlijk te maken met een prejudiciële vraag hieromtrent en dient daarop een antwoord te geven. Het is dus wel begrijpelijk dat het Hof deze factor benoemt (de gedachte is wellicht ook dat men met deze factor enige grip kan krijgen op de daadwerkelijke inspanning die het een IE-rechthebbende heeft gekost om zijn IE-recht te ontwikkelen), maar het is de vraag in hoeverre hij gebruikt kan worden als daadwerkelijk toetsingsinstrument.

Een criterium dat zeker een belangrijke maatstaf vormt in de toetsing van de onontbeerlijkheid is de factor van de inspanning en kosten die potentiële afnemers zullen moeten maken om zich een alternatief voor het IE-recht in kwestie te verschaffen. Indien men constateert dat het betreffende IE-recht in de markt inmiddels is uitgegroeid tot een echte standaard waaraan alle kopers zich houden, dan is deze laatste vraag snel beantwoord: de inspanning en kosten om een alternatief te ontwikkelen zullen dan eindeloos zijn, omdat een standaard in de markt bijna niet te vervangen is.³⁶ Men kan in dat geval snel overgaan tot de conclusie dat het IE-recht in kwestie inderdaad onmisbaar is voor toetreding tot de markt en dat dus aan de voorwaarde voldaan wordt.

33 De eerste voorwaarde (toevoeging door de auteur).

34 De tweede voorwaarde.

35 De derde voorwaarde.

36 De uiteindelijke afnemers zijn en blijven dan in hoge mate vervlochten met de verstrekker van het product of de dienst in kwestie, wellicht mede omdat zij zelf hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het product of de dienst. Hier ziet men wel een raakvlak met de eerste factor van de deelname van de gebruikers aan de ontwikkeling van de door het IE-recht beschermde innovatie.

5. Een analyse van de voorwaarden voor misbruik

- a. *De eerste voorwaarde: het voornemen tot een aanbod van nieuwe producten of diensten die de houder van het IE-recht niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag bestaat bij consumenten*

De eerste voorwaarde uit het dictum van het Hof bestaat uit twee gedeelten. Het eerste onderdeel betreft de introductie van een nieuw product of een nieuwe dienst, het tweede betreft een potentiële vraag van de consumenten naar dat nieuwe product of die nieuwe dienst.

De eerste toetsingsfactor betreffende de introductie van een nieuw product lijkt meer onderscheidend vermogen te hebben in de afbakening van de werkingssfeer van het mededingingsrecht ten opzichte van het IE-recht dan de tweede maatstaf van het bestaan van een potentiële vraag van de consumenten. Een onderneming zal trouwens sowieso niet een nieuw product op de markt willen brengen waarnaar geen vraag bij de consument bestaat. Het element van de vraag bij consumenten mag dan binnen het mededingingsrecht van grote betekenis zijn, als afbakeningsinstrument lijkt het hier minder geschikt in combinatie met de maatstaf van de introductie van een nieuw product. Deze laatste factor levert een scherper criterium op dat cruciaal kan zijn in dit verband.

Bij de vaststelling of een product nu wel of niet als 'nieuw' moet worden beschouwd kan het oordeel van de consument overigens wel een belangrijke rol spelen.³⁷ De factor van de potentiële vraag van de consumenten zou hierbij als het ware ingelezen kunnen worden in de deelvoorwaarde van de introductie van een nieuw product. De juiste vraag is dan niet of er vraag bestaat naar het nieuwe product, maar of er vraag bestaat naar de 'nieuwheid' zelf, vraag waaraan de IE-rechthebbende zelf niet wil of kan voldoen. Of er uiteindelijk voldoende consumenten bereid zijn om het nieuwe product te kopen ziet men wel als de introductie van het product eenmaal heeft plaatsgevonden en behoort voorts tot de bedrijfsrisico's van de onderneming die het nieuwe product op de markt wil brengen.

Vervolgens nog een opmerking over de invulling van het begrip 'nieuw'. Concrete subcriteria van de kant van het Hof van Justitie voor deze maatstaf ontbreken vooralsnog. Wil het begrip niet ieder onderscheidend vermogen verliezen, dan zal het niet al te extensief ingevuld mogen worden. Een enigszins restrictieve interpretatie is ook in lijn met het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden' dat het Hof aanhoudt in de botsing tussen mededingingsrecht en IE-recht. Zo zal een factor als een lagere prijs onvoldoende zijn om een product als 'nieuw' te doen kwalificeren. Indien de IE-rechthebbende een product zelf al op de markt brengt, en een concurrent claimt een licentie om hetzelfde product tegen een lagere prijs op de markt te brengen, dan kan dit concurrerende product niet als 'nieuw' omschreven worden louter op basis van zijn lagere prijs. Ook niet om de reden dat hiervoor vraag bestaat bij de consument. Onder consumenten bestaat per definitie een potentiële vraag naar een goedkopere uitvoering van een product. En een monopo-

liepositie van een IE-rechthebbende draagt inherent bepaalde mededingingsbeperkingen in zich in vergelijking met een (hypothetische) situatie van vrije concurrentie op het product waarop het IE-recht rust, waaronder een relatief hogere prijs. Inherente nadelen voor de consument als deze zijn dus echt onvoldoende om het verschil te maken tussen een bestaand en een nieuw product. Een ruime invulling zou iedere betekenis aan het nieuwheidscriterium ontnemen. Indien men het IE-recht zijn autonomie grotendeels wil laten behouden in de botsing met het mededingingsrecht, dan moet men automatisch scherpe criteria formuleren en deze ook niet al te extensief interpreteren. Houdt men zich hier niet aan, dan wordt het IE-recht al gauw terzijde geschoven door het mededingingsrecht.³⁸

In r.o. 49 van het *IMS*-arrest introduceert het Hof de eerste voorwaarde voor misbruik met de zinsnede dat de licentievragers niet voornemens mag zijn om zich in wezen te beperken tot het aanbieden van producten of diensten die de houder van het IE-recht reeds op de markt brengt. Hieruit zou men kunnen afleiden dat de licentievragers dus wel voornemens mag zijn om zowel een nieuwe markt te ontginnen met een nieuw product, als de eigen markt van de IE-rechthebbende te betreden met een identiek product. Zolang hij maar de bedoeling heeft om (óók) nieuwe producten/diensten aan te bieden. De zinsnede lijkt te impliceren dat de IE-rechthebbende aan een onderneming die een licentie van hem vraagt om een nieuw product op de markt te brengen en daarbij niet verhuult de recht-hebbende ook in diens eigen markt te willen beconcurreren, de licentie niet mag weigeren.³⁹ Op deze wijze zou de IE-rechthebbende opgezadeld worden met een nieuwe concurrent op zijn eigen markt die dankbaar gebruikmaakt van een IE-recht dat niet van hem is.

Indien de rechthebbende te maken krijgt met een licentievragers van wie hij vermoedt dat deze hem op zijn eigen markt wil beconcurreren, kan hij op basis van de eerste voorwaarde geen licentie weigeren zolang de licentievragers maar aantoont dat hij óók een nieuw product op de markt gaat brengen. De IE-rechthebbende kan echter het volgende doen om eventuele schade te voorkomen. Het is duidelijk dat hij niet mag weigeren om een licentie te verstrekken aan de licentievragers indien voldaan wordt aan alle voorwaarden. De eerste voorwaarde van het Hof staat er echter niet aan in de weg dat de IE-rechthebbende in het licentiecontract opneemt dat de licentie slechts verleend wordt voor een bepaalde toepassing (zoals de vervaardiging van een nieuw product of de uitvoering van een nieuwe dienst). Zodra de licentienemer vervolgens de licentie gebruikt voor een andere toepassing dan is vastgelegd

³⁷ Vgl. de definitie van de relevante productmarkt in de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEG* 1997 C 372/5, par. 7: 'Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.'

³⁸ Dit wil niet zeggen dat het mededingingsrecht dan altijd zal concluderen dat de IE-rechthebbende maar moet licentiëren, maar de afwegingen vinden wel plaats binnen dit rechtsgebied; in die zin verliest het IE-recht wel degelijk zijn controle en daarmee rechtszekerheid.

³⁹ Mits ook aan de rest van de voorwaarden voldaan wordt natuurlijk.

tussen partijen, bijvoorbeeld voor de productie van een kopie van het product of de dienst van de IE-rechthebbende zelf, dan staat daartegen een rechtsmiddel open aan die rechthebbende in een civielrechtelijke procedure. Op deze wijze verhindert de IE-rechthebbende dat een licentienemer zijn markt betreedt met een identiek(e) product of dienst.

b. De tweede voorwaarde: geen objectieve rechtvaardigingsgronden voor weigering

De tweede voorwaarde, die van de afwezigheid van objectieve gronden om een licentieweigering te rechtvaardigen, wordt niet nader uitgewerkt of toegelicht door het Hof van Justitie in het arrest. Van objectieve rechtvaardigingsgronden kan sprake zijn indien er legitieme commerciële, technische of efficiencyredenen voor de licentiëringweigering bestaan.⁴⁰ Voorbeelden hiervan zijn onvoldoende kredietwaardigheid of een onaanvaardbaar insolventierisico van de aspirant-licentienemer, capaciteitsgebrek aan de kant van de IE-rechthebbende, en veiligheidsaspecten.⁴¹ Ook uitzonderlijke handelsomstandigheden kunnen ondernemingen nopen zich anders te gedragen dan ze normaal doen.⁴² Verder is plaats voor overwegingen die normaliter thuishoren in art. 86 lid 2 EG.⁴³ Ten slotte kan men denken aan algemene (publieke) belangen die liggen in de sfeer van openbare orde en privacybescherming.

Aan objectieve rechtvaardigingsgronden voor een licentieweigering moeten hoge eisen worden gesteld, gezien de mededingingsrechtelijke onwenselijkheid van gedragingen vanuit een machtspositie die reeds aan de andere voorwaarden voor misbruik voldoen. Alleen zwaarwegende argumenten kunnen voldoende zijn als rechtvaardigingsgrond.⁴⁴

c. De derde voorwaarde: door de weigering wordt de markt voorbehouden aan de houder van het IE-recht en wordt elke mededinging op die markt uitgesloten

Men kan deze derde voorwaarde op de volgende wijze lezen: door de licentieweigering wordt de markt waarop de licentievragers zich wenst te begeven voorbehouden aan de IE-rechthebbende⁴⁵ en wordt elke mededinging op deze markt uitgesloten.⁴⁶

De kern van het eerste element van de derde voorwaarde is dat de licentieweigering de introductie van een nieuw product tegenhoudt door de nieuwe (sub)markt voor te behouden aan de IE-rechthebbende. In geval van behandeling van dit element staat al vast dat de rechthebbende zelf de betreffende markt niet bedient en daarmee een bepaalde potentie van zijn IE-recht niet benut.⁴⁷ Het uitgangspunt van dit element is daarmee dat de (sub)markt van het nieuwe product in beginsel voorbehouden is aan de IE-rechthebbende in zijn hoedanigheid van houder van het IE-recht, omdat zonder het betreffende recht (of een licentie daarop) toegang tot die markt gewoon niet mogelijk is. Dit punt zit echter al opgesloten in de voorvraag over de onontbeerlijkheid van het IE-recht in kwestie en voegt dus eigenlijk weinig toe, zo lijkt het. Dit eerste element lijkt dan ook nauwelijks meerwaarde te hebben wanneer men het afzet tegen de andere voorwaarden in het rijtje.

Het tweede element houdt in dat alleen ingeval de licentieweigering leidt tot uitsluiting van elke mededinging op de nieuwe (sub)markt, sprake kan zijn van misbruik. Indien de rechthebbende overgaat tot licentiëring van zijn IE-recht aan één onderneming met een idee voor een nieuw product,⁴⁸ dan zal geen sprake zijn van concurrentie op de nieuwe markt. Er is dan immers slechts één onderneming die zich met een nieuw product op de markt bevindt. Deze situatie schept ruimte voor in ieder geval één andere onderneming om ook een licentieaanvraag in te dienen bij de IE-rechthebbende om het nieuwe product in kwestie op de markt te kunnen brengen. Komen er daarna meer ondernemingen die om een licentie vragen om toe te kunnen treden tot de nieuwe markt, dan zou het tweede element in de weg kunnen staan aan (de verplichting tot) het afgeven van licenties hiervoor.⁴⁹ Immers, indien twee ondernemingen een licentie hebben om het nieuwe product op de markt te brengen, bestaat er reeds (enige) concurrentie. Een licentieweigering leidt dan niet meer tot het uitsluiten van elke mededinging op de betreffende

⁴⁰ Vgl. de conclusie van A-G Jacobs in de Bronner-zaak, par. 47; HvJ EG, zaak C-7/97, *Oscar Bronner t. Mediaprint c.s.*, Jur. 1998, p. I-7791.

⁴¹ Zie S.D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 209.

⁴² Zie nader hierover: L. Ritter, W.D. Braun & F. Rawlinson, *European Competition Law. A Practitioner's Guide*, The Hague: Kluwer Law International 2000, p. 355-356.

⁴³ Dan wel (onder de Nederlandse Mededingingswet) in art. 25 Mw. Dit artikel bevat een uitzonderingsbepaling van het misbruikverbod van art. 24 Mw i.v.m. het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. De inhoud van art. 86 lid 2 EG en art. 25 Mw kan naar voren komen via het IMS Health-criterium van de objectieve rechtvaardigingsgrond. Zeker wat betreft art. 25 Mw is dit van belang. Art. 25 Mw kan namelijk alleen op een ontheffingsaanvraag toegepast worden door de NMa. Ondernemingen zelf kunnen in een art. 24 Mw-procedure art. 25 Mw dus niet zomaar als verweer inroepen. In zaken die draaien om de botsing tussen mededingings- en IE-recht kan echter door partijen zelf in een gerechtelijke procedure via de band van het criterium van de 'objectieve rechtvaardigingsgrond' een gelijksoortige afweging ingeroepen worden als in art. 25 Mw plaatsvindt, tussen mededingingsbeperking aan de ene kant en noodzaak daarvan voor het beheer van een dienst van algemeen economisch belang (de uitoefening van een publieke taak) aan de andere kant.

⁴⁴ Vgl. de conclusie van A-G Verkade bij het arrest van de Hoge Raad in de zaak NOS c.s. tegen De Telegraaf van 6 juni 2003, LJN-nummer: AF5100, zaaknummer: C01/183HR, par. 4.14.

⁴⁵ Dit is het eerste element van de derde voorwaarde.

⁴⁶ Dit is het tweede element van de derde voorwaarde.

⁴⁷ Doet de IE-rechthebbende dit wel, dan kan niet langer een nieuw product geïntroduceerd worden door een andere onderneming en wordt sowieso al niet voldaan aan de eerste voorwaarde van de introductie van een nieuw product (laat staan dat men toekomt aan de derde voorwaarde). Immers, een product dat al op de markt wordt gebracht door de IE-rechthebbende, ook wanneer het gaat om een afgeleide markt, is geen 'nieuw product' meer in de zin van de IMS Health-voorwaarden.

⁴⁸ En 'nieuw product' moet men ook hier lezen als een product dat niet reeds door de IE-rechthebbende zelf op de markt is gebracht met zijn IE-recht.

⁴⁹ Indien men het tweede element van de derde voorwaarde letterlijk neemt tenminste. B.J. Drijber kiest voor een wat vrijere interpretatie van dit element, zo lijkt het. Zie B.J. Drijber, noot bij arrest IMS Health/NDC Health, *AMI* 2004, p. 139, l.k.: 'Voor het geval IMS aan een of meer andere ondernemingen wel een licentie zou hebben verleend (...), dan nog kan 'elke mededinging' zijn uitgesloten.' Men kan de voorwaarde ook plaatsen in het licht van de eigenschap van IE-rechten dat zij exclusief zijn en daarmee in beginsel elke mededinging opzijzetten. Maar aangezien dit voor alle IE-rechten geldt, zou de voorwaarde met deze uitleg geen onderscheidend vermogen meer hebben.

markt. Ergo, ondernemingen die later een licentie vragen kunnen bij weigering geen succesvol beroep meer doen op deze voorwaarde.⁵⁰

d. Een herformulering van de voorwaarden

Een voorwaarde die mijns inziens voor alle duidelijkheid toegevoegd zou moeten worden aan de opsomming onder punt 2 van het dictum als eerste, initiële voorwaarde is de onontbeerlijke factor.

Men komt daarmee tot de volgende vier cumulatieve voorwaarden voor vaststelling van misbruik van machtspositie bij de weigering om een licentie op een IE-recht te verlenen, die in volgorde van opsomming afgegaan moeten worden:

- I. IE-recht(-licentie) is onontbeerlijk voor de productie van een goed of verlening van een dienst. Subcriteria om vast te stellen of sprake is van 'onontbeerlijkheid':⁵¹
 - a. de mate waarin de gebruikers van het eindproduct of de einddienst hebben deelgenomen aan de ontwikkeling van de door het IE-recht beschermde innovatie;
 - b. de inspanning die potentiële afnemers van een door een IE-recht beschermd product of dienst zullen moeten leveren en de kosten die zij daarbij zullen moeten maken om op een alternatieve aanleverwijze van een ander maar vergelijkbaar product of dienst over te schakelen.
- II. Niet-licentiëring staat in de weg aan de introductie van een nieuw product of nieuwe dienst:
 - a. waarbij de licentievragers de bedoeling heeft om nieuwe producten of diensten aan te bieden die de IE-rechthebbende niet aanbiedt (en dus niet de bedoeling heeft om zich in essentie te beperken tot het dupliceren van de producten of diensten die reeds worden aangeboden);
 - b. waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat.
- III. Door de licentieweigering wordt de markt waarop de licentievragers zich wenst te begeven voorbehouden aan de IE-rechthebbende en wordt elke mededinging op deze (nieuwe) markt uitgesloten.
- IV. Er bestaan geen objectieve rechtvaardigingsgronden voor de weigering om een licentie te verstrekken.

6. Welke vragen blijven over na het arrest?

Ondanks de duidelijke lijn in de genoemde arresten, die nu is geculmineerd in *IMS Health*, blijven er uiteraard ook na dit arrest nog vragen bestaan over de toepassing van art. 82 EG in IE-zaken. De volgende vragen blijven over na het *IMS Health*-arrest:

- i. Wat is een 'nieuw product' precies en hoe concreet dient dit nieuwe product in de steigers te staan op het moment dat een rechter moet oordelen over misbruik van machtspositie? Om te kunnen spreken van de introductie van een 'nieuw product' dient er een (duidelijk) verschil te bestaan tussen het te ontwikkelen product aan de ene kant en de producten die zich reeds op de markt bevinden aan de andere kant. Dat verschil kan technisch van aard zijn (vooral bij industriële eigendomsrechten), maar kan ook gelegen zijn in de

wijze van beschikbaarstelling aan het publiek (denk aan de selectie en rangschikking van gegevens zoals in de *Magill*-zaak).⁵² Het verschil dient significant te zijn, anders kan de 'nieuw product'-voorwaarde via een al te soepele invulling haar betekenis totaal verliezen. Meer specifieke subcriteria zijn vooralsnog niet gegeven voor deze voorwaarde.⁵³

2. Wat is, bij de vaststelling van de onmisbaarheid ('onontbeerlijkheid') van een IE-recht voor de mogelijke toetreding van andere partijen tot dezelfde markt als waarop de IE-rechthebbende actief is, precies de rol van de door het Hof van Justitie naar voren gebrachte factor dat de afnemers (in het verleden) hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van het IE-recht in kwestie? Wat betekent dit eigenlijk voor de vraag in hoeverre het IE-recht onontbeerlijk is voor toetreding tot de markt door concurrenten? Ook als afnemers in de loop van de tijd sterk hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van het IE-recht, kan dit IE-recht even onmisbaar zijn voor toetreding tot de markt als wanneer afnemers nagenoeg geen enkele rol hadden gespeeld in de ontwikkeling van het betreffende IE-recht, en vice versa.⁵⁴ Het Hof heeft met het vermelden van deze factor een antwoord geformuleerd op één van de prejudiciële vragen van de Duitse rechter en daarbij vooral uitdrukking gegeven aan zijn gevoelens dat bij beantwoording van de misbruikvraag rekening moet worden gehouden met de mate van inspanning van de rechthebbende bij de ontwikkeling van het IE-recht. Indien deze rechthebbende veel hulp van anderen heeft

⁵⁰ De discussie zou zich dan kunnen verplaatsen naar het vraagstuk van misbruik wegens discriminatie in de levering van IE-licenties. Dit is een andersoortig vraagstuk, waar het mededingingsrecht echter ook voorzichtig lijkt te moeten worden toegepast (denk bijv. aan de Commissiebeschikking in de *Chrysanten*-zaak, Mededeling Commissie C1995/211/05, *PbEG* 1995 C 211/11).

⁵¹ De vraag of een auteursrecht wel daadwerkelijk onontbeerlijk is voor het op de markt brengen van een bepaald product is een belangrijke voorwaarde bij de vaststelling van misbruik van economische machtspositie. Men ziet de discussie over de alternatieve ontwikkeling van eenzelfde soort product ook regelmatig voorbijkomen binnen het IE-recht zelf. Hierbij richt de aandacht zich op de vraag of een alternatief werk ook echt alternatief is, of toch gewoon een kopie van het oorspronkelijke werk die inbreuk maakt op het betreffende IE-recht. Ook in de *IMS Health*-zaak is dit punt in de procedure voor de nationale Duitse rechter aangevoerd. Het Oberlandesgericht Frankfurt oordeelde over de vraag wat PI, een latere dochteronderneming van NDC, nu precies wel en niet mocht doen bij de ontwikkeling van eenzelfde soort product als dat van IMS om al dan niet inbreuk te maken op het auteursrecht van IMS. De Duitse rechter merkte op dat PI niet zomaar een inbreuk maakt op het IE-recht van IMS indien dit bedrijf een systeem ontwikkelt dat omwille van de praktische hanteerbaarheid lijkt op het product van IMS. Zie voor een korte beschrijving van dit element in de uitspraak van het Oberlandesgericht Frankfurt: Commissiebeschikking 2003/741/EG van 13 augustus 2003 in een art. 82 EG-procedure, zaak COMP D3/38.044, *NDC Health/IMS Health*, *PbEG* 2003 L 268/69, par. 10.

⁵² Vgl. B.J. Drijber, noot bij arrest *IMS Health/NDC Health*, *AMI* 2004, p. 139, r.k.

⁵³ Al lijkt het oordeel van de consument zeker een rol te kunnen spelen bij de toepassing van de voorwaarde.

⁵⁴ De factor die in één zucht daaraan wordt toegevoegd, namelijk de mate van inspanning die het potentiële toetreders tot de markt zou kosten om zelf een IE-rechtelijk beschermd idee te ontwikkelen dat hun toegang tot dezelfde markt als van de IE-rechthebbende verleent, is makkelijker te plaatsen. Maar ook bij deze factor, hoewel eenvoudiger te concretiseren, kan men zich afvragen waar de grens precies ligt die uiteindelijk bepaalt of sprake is van misbruik of niet.

ontvangen, heeft hij wellicht zelf weinig hoeven doen om zijn IE-recht te ontwikkelen.⁵⁵

Er zitten enkele moeilijkheden aan de inzet van deze factor als toetsingsmaatstaf. Het IE-recht is in het leven geroepen om creatieve, innoverende inspanningen te belonen. De term inspanningen moet men hier breed zien: soms gaat het om jarenlang gezwogen dat uiteindelijk beloond wordt, soms gaat het ook om één enkele briljante ingeving waar verder nauwelijks een nadere inspanning mee gemoeid is. Tussen deze twee uitersten zit een groot grijs gebied. Bij sommige creaties of uitvindingen mag men dan denken dat zij iemand in de schoot geworpen zijn, ook zij vallen onder een specifiek wettelijk systeem dat de wetgever welbewust in het leven heeft geroepen: het IE-recht.⁵⁶ Het mededingingsrecht dient dit rechtsgebied in principe te respecteren (alleen onder 'uitzonderlijke omstandigheden' mag het aan de kant gezet worden). Een probleem bij de genoemde factor van het Hof is ook dat hij moeilijk kwantificeerbaar is: hoeveel hulp dient een IE-rechthebbende ontvangen te hebben van derden alvorens dit doorslaggevend is om de misbruikvraag positief te beantwoorden? Vooralsnog lijkt deze factor in IMS-achtige situaties nog weinig zoden aan de dijk te kunnen zetten. Dit komt natuurlijk ook omdat deze maatstaf verbonden is met andere cumulatieve criteria die een scherpe grens trekken.

3. Welke bewijsrechtelijke implicaties vloeien voort uit het arrest *IMS Health*? De vraag komt immers op wat de licentievragers precies moet bewijzen omtrent de introductie van een nieuw product. Hoeveel bewijs voor de nieuwheid van het product moet aangedragen worden, zonder dat de licentievragers direct alle geheime bedrijfsinformatie onthult omtrent het nieuwe product dat hij wil introduceren?⁵⁷

7. Betekenis van IMS Health voor andere zaken

a. De Nederlandse programmeergegevenszaak

Dat het Hof van Justitie in *IMS Health* een duidelijke keuze heeft gemaakt in de toepassingswijze van het mededingingsrecht op gedragingen van IE-rechthebbenden, ziet men terug in nationaalrechtelijke zaken als die van de Nederlandse programmeergegevens. In de zaak *NOS/d-g NMa* heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: CBB) in hoogste instantie NMa's dwangsombesluit jegens de NOS wegens vermeend misbruik van machtspositie herroepen, dit alles met het toen zeer recente *IMS Health*-arrest in de hand.⁵⁸ Het CBB heeft daarbij gezorgd voor een volledige kentering in de procedure ten aanzien van de toepassing van het Nederlandse mededingingsrecht. Tot aan het besluit van het CBB hadden alle instanties (NMa en Rechtbank Rotterdam) vastgesteld dat het mededingingsrecht wél geschonden werd door de NOS wegens misbruik van machtspositie door de weigering om een IE-recht te licentiëren.⁵⁹ Ook in de civielrechtelijke procedure over de programmeergegevens waren de rechterlijke instanties uitgegaan van misbruik van machtspositie van de NOS vanwege haar leveringsweigering van de gegevens aan De Telegraaf.⁶⁰

b. De Microsoft-zaak

Op Europees vlak zal de *Microsoft*-zaak nog wel wat stof doen opwaaien.⁶¹ Deze zaak is inmiddels door het Gerecht van eerste aanleg in behandeling genomen.⁶² Het is interessant om te zien wat het Gerecht in casu gaat doen met de jurisprudentie over misbruik van machtspositie en IE-rechten. De Commissie heeft in haar recente beschikking in ieder geval aangegeven dat Microsoft genooddaakt is om af te zien van een volledig vrije en soevereine uitoefening van haar IE-rechten, om zo een einde te maken aan het misbruik van haar machtspositie in de zin van art. 82 EG.⁶³

De Commissie verordonneerde Microsoft onder andere om interfacecodes openbaar te maken ten behoeve van ontwikkelaars en distributeurs van serverbesturingssystemen. Dit houdt in dat Microsoft volledige en nauwkeurige interface-informatie ter beschikking dient te stellen aan concurrerende ondernemingen. Op deze wijze kunnen workgroup serverbesturingssystemen van concurrenten in volledige interoperabiliteit staan met personal computers (hierna: PC's) en servers die op Windows draaien. Argumenten van de Commissie om Microsoft te dwingen interface-informatie te verstrekken aan ondernemingen

55 Hierbij dient opgemerkt te worden dat het één het ander niet uitsluit. Ondernemingen kunnen best systemen ontwikkelen met hulp van hun afnemers, maar daarbij zelf ook veel tijd, geld en energie steken in die ontwikkeling.

56 En het IE-recht laat zijn bescherming niet afhangen van de vraag of er bijv. grote investeringen noodzakelijk zijn geweest voor de innovatie of niet.

57 Zie B.J. Drijber, noot bij arrest *IMS Health/NDC Health*, *AMI* 2004, p. 139, r.k.

58 College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB), 's-Gravenhage, 15 juli 2004, uitspraak op het hoger beroep van de NOS tegen de uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 in het geding tussen de NOS en de d-g NMa, LJN-nummer: AQ1727, zaaknummer: AWB 03/132, beschikbaar via WWW <<http://www.rechtspraak.nl>>.

59 In de administratieve procedure zijn de belangrijkste beslissingen de volgende. De NMa heeft in haar besluit op bezwaar van 3 oktober 2001 (opnieuw) vastgesteld dat sprake was van misbruik van machtspositie door de NOS en de omroepen door hun programmeergegevens niet te leveren aan De Telegraaf. Zie besluit d-g NMa van 3 oktober 2001, nummer 1/501.0119, met bijgevoegd het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 27 juli 2000, beschikbaar op <http://www.nmanet.nl/nl/besluiten/archief_besluiten/2001/bbb/bbb0001-0110.htm>. De Rechtbank Rotterdam heeft zich op 11 december 2002 uitgelaten over het besluit van de NMa en dat gesauveerd. Zie Rechtbank Rotterdam 11 december 2002, LJN-nummer: AF1811. De administratieve procedure tussen de NMa en HMG is uiteindelijk iets anders verlopen, omdat HMG op een bepaald punt kenbaar maakte wel degelijk te willen onderhandelen met De Telegraaf over verstrekking van de programmeergegevens.

60 Zo ook uiteindelijk de Hoge Raad in zijn cassatiearrest in de civielrechtelijke procedure inzake het geschil tussen de NOS en de publieke omroepen aan de ene kant en De Telegraaf aan de andere kant. Zie HR 6 juni 2003, NOS, AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPRO / DE TELEGRAAF, LJN-nummer: AF5100, zaaknummer: Co1/183HR.

61 Zie de beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792 Microsoft, document COM(2004)900 fin. Zie ook het persbericht van de Commissie over deze beschikking: persbericht van 24 maart 2004, IP/04/382, 'Commissie rondt het onderzoek naar Microsoft af en legt corrigerende maatregelen en een geldboete op'.

62 Zaak T-201/04.

63 Zie de beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792 Microsoft, document COM(2004)900 fin., par. 1004.

die producten willen ontwikkelen die op correcte wijze kunnen 'communiceren' met de alomtegenwoordige Windows PC's, zoals workgroup serverbesturingssystemen, zijn dat het vrijgeven van IE-rechten zorgt voor meer concurrentieprikkels en zal leiden tot een toename van innovatie in de hele IT-industrie.⁶⁴ Daarbij zou de extra concurrentie Microsoft aanzetten tot grotere investeringen in onderzoek en ontwikkeling. Een belangrijk punt in de *Microsoft*-zaak is ook of het vrijgeven van productinformatie door Microsoft (de interfacecodes van haar PC-besturingssystemen en workgroup serverbesturingssystemen) leidt tot interoperabiliteit tussen de verschillende IT-systeemprogramma's dan wel tot imitatie van Microsoft's software. De Commissie gaat uit van het eerste en verplicht Microsoft daarom tot vrijgave van de informatie.

In de beschikking van de Commissie komt de centrale maatstaf van de 'uitzonderlijke omstandigheden' herhaaldelijk naar voren. Als zulke omstandigheden aangetoond worden, kan de Commissie Microsoft dwingen om bepaalde informatie (c.q. onderdelen van haar IE-recht) ter beschikking te stellen aan derden. De Commissie knoopt in deze zaak sterk aan bij de *Bronner*-criteria en gebruikt aldus de misbruikvereisten uit de 'essential facilities'-doctrine.⁶⁵ Zij gaat er dus van uit dat de misbruikvoorwaarden uit arresten als *Magill* en nu dan ook *IMS Health*, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, niet het alleenrecht hebben in zaken waar de uitoefening van IE-rechten aan bod komt. Afgewacht moet natuurlijk worden hoe het Gerecht uiteindelijk zal oordelen over de concrete criteria waarmee de Commissie misbruik toetst in casu.

8. Slotbeschouwing

a. De verhouding mededingingsrecht – IE-recht

Na arresten als *Volvo/Veng* en *Magill*, en de tussenkomst van het wat vreemde arrest *Ladbroke*, lijkt het Hof van Justitie uit echte 'essential facilities'-arresten als *European Night Services* en *Bronner* vooral het 'onontbeerlijkheidscriterium' als belangrijke factor te hebben meegenomen.⁶⁶ Al komt deze factor ook in het *Magill*-arrest al even aan bod,⁶⁷ deze maatstaf wordt in *IMS* in ieder geval duidelijk neergezet als toetsingsfactor naast de (andere) cumulatieve voorwaarden voor misbruik. Onder die cumulatieve voorwaarden bevindt zich ook het scherpe criterium van de introductie van een nieuw product. Men kan dus zeggen dat het Hof van Justitie in *IMS* een strikte afbakening neerzet voor de toepassing van het mededingingsrecht op de uitoefening van IE-rechten en dat het *IMS*-arrest een vergaande autonomie van (de uitoefening van) IE-rechten bevestigt.

Het uitgangspunt van het Hof dat dwanglicentiëring in geval van uitzonderlijke omstandigheden zowel bij de secundaire als de primaire markt geëigend is, betekent zeker niet de ondergang van het IE-recht. Onder IE-juristen is enige beroering ontstaan⁶⁸ over het feit dat het Hof van Justitie dezelfde (soort) voorwaarden als in *Magill* (waar het draaide om toegang tot een secundaire markt) van toepassing heeft verklaard in *IMS Health* (waar het toch feitelijk draaide om toegang tot de primaire markt).⁶⁹ Hiermee schept het Hof van Justitie in theorie de mogelijkheid dat

IE-rechten die door de rechthebbende (alleen) uitgeoefend worden op de principale markt gelicentieerd moeten worden aan een concurrent om deze toegang te verlenen tot diezelfde markt.⁷⁰ Men zou *IMS Health* daarom kunnen omschrijven als een arrest dat de 'autonomie' van IE-rechten verder aantast, omdat in vergelijking met *Magill* de vermelde voorwaarden voor misbruik nu ook van toepassing zijn ten aanzien van IE-rechten die feitelijk worden uitgeoefend op de primaire markt van de rechthebbende. En juist op de primaire markt dient de IE-rechthebbende zijn investeringen op de eerste plaats terug te verdienen.

Door het formuleren van de belangrijke voorwaarde van de introductie van een nieuw product zorgt het Hof er echter voor dat de concurrent die een licentie eist nooit direct in het vaarwater van de IE-rechthebbende terecht komt, maar altijd een eigen (sub)markt opzoekt. Het is immers de bedoeling dat de concurrent met de licentie op het IE-recht een nieuwe markt ontgint op voldoende afstand van de markt van de rechthebbende, of deze nu actief is op de primaire of de secundaire markt. Hiervoor dient het criterium 'introductie van een nieuw product of een nieuwe dienst' wel enigszins scherp te worden uitgelegd, zeker in zaken waar het gaat om toegang tot de primaire markt voor licentievragers. De principale markt van de IE-rechthebbende komt dus niet in gevaar door een verplichte licentiëring als de voorwaarde van de introductie van een nieuw product maar niet te lichtvaardig wordt uitgelegd. Er moet echt sprake zijn van een geheel nieuw product, alvorens aan de voorwaarde voldaan wordt. Daarmee zou dan tevens sprake zijn van een nieuwe submarkt die bediend wordt. Met een dergelijke interpretatie hoeven IE-juristen niet bang te zijn dat de exclusieve uitoefening van IE-rechten op de primaire markt door de rechthebbende in gevaar komt. Wanneer een zaak draait om een echte afgeleide markt zou men dan nog kunnen denken aan een iets minder stringente toepassing van de eisen voor de nieuwigheid van een product. Het gaat dan immers niet

⁶⁴ Microsoftbeschikking Commissie, par. 783.

⁶⁵ Microsoftbeschikking Commissie, par. 554.

⁶⁶ En zowel uit het *European Night Services*-arrest van het GvEA als uit het *Bronner*-arrest van het HvJ EG blijkt dat niet zomaar aangenomen kan worden dat een faciliteit onmisbaar is en er geen alternatieven bestaan voor de om een IE-licentie verzoekende partij om zelf de markt (mee) te betreden. Zie GvEA, gevoegde zaken T-374, T-375, T-384, T-388/94, *European Night Services t. Commissie* ('*European Night Services*'), *Jur.* 1998, p. II-3141; zaak C-7/97, *Bronner*.

⁶⁷ *Magill*, r.o. 53 en 56.

⁶⁸ Zie P. Treacy, 'The *IMS* decision – implications for business', *New Law Journal* 2004, p. 773, r.k.

⁶⁹ In de *Magill*-zaak werd de licentie aangevraagd voor activiteiten op de afgeleide markt – omroepen houden zich primair bezig met het programmeren (en uitzenden) van programma's, niet met het op de markt brengen van televisiegidsen. In *IMS Health* ligt dit anders. Hier draait het echt om toegang voor de licentievragers tot de principale markt van de IE-rechthebbende zelf.

⁷⁰ Het spreekt voor zich dat ingrijpen van het mededingingsrecht in IE-rechten uitgeoefend op een primaire markt met meer argwaan bekeken wordt dan ingrijpen in IE-rechten die geëxploiteerd worden op een afgeleide markt. Vanuit economisch perspectief zou men juist op de afgeleide markt meer verplichtingen verwachten voor de IE-rechthebbende om zijn recht te licentiëren. De exploitatie van een IE-recht door de IE-rechthebbende op een afgeleide markt treft immers niet zijn kernactiviteiten; die liggen op de primaire markt. Mogelijke concurrentie op die afgeleide markt komt dan ook minder hard aan voor de rechthebbende.

meer om de hoofdmakel waar de investeringen in de eerste plaats terugverdiend moeten worden. Nadeel van dit laatste is dat het ten koste gaat van de duidelijkheid van het criterium. Een voorwaarde is over het algemeen gediend van zowel een duidelijke opmaak als een consequente invulling. Dit komt de rechtszekerheid ten goede.

b. Vragen over de algemene geldigheid van de IMS-voorwaarden

De IMS-zaak draaide feitelijk om de uitoefening van een auteursrecht. Het Hof heeft zich in zijn arrest dan ook specifiek uitgelaten over de botsing tussen het mededingingsrecht en het auteursrecht, en niet over de botsing tussen het mededingingsrecht en het IE-recht in het algemeen. Men kan zich daarom afvragen of de geformuleerde voorwaarden alleen opgaan voor de botsing tussen mededingingsrecht en auteursrecht, of dat ze zich ook uitstrekken naar botsingen met andere IE-rechtsgebieden.⁷¹ Bij dit soort vragen dient men zich natuurlijk allereerst te realiseren dat het afleiden van algemeen geldige principes, welke dat ook zijn, uit uitspraken van het Hof van Justitie immer risico's met zich brengt. Uiteindelijk beantwoordt het Hof iedere keer weer slechts vragen in een concrete zaak. Met dit voorbehoud in het achterhoofd lijkt het niet waarschijnlijk dat het Hof *a priori* een zeer afwijkende benadering zal aanhouden ten aanzien van andere IE-rechtsgebieden als zodanig.⁷² De mogelijkheid van een afwijking van de voorwaarden gegeven in *IMS*⁷³ zou ik niet zo snel koppelen aan het verschil in soort IE-recht. Het onderscheid dat hiermee gemaakt zou worden is niet verfijnd genoeg om recht te doen aan complexe 'samenloop'-situaties van mededingings- en IE-recht. Een volgende vraag is dan welke situaties zich mogelijkwerwijs wél zouden lenen voor een afwijkende benadering in de toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van IE-rechten, of zelfs zouden dwingen daartoe? Het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden' waaronder sprake is van misbruik bij niet-licentiëring van een IE-recht zou daarbij in stand blijven, maar de invulling die daaraan wordt gegeven met concrete voorwaarden zou kunnen verschillen. In een eerste poging om hierin enige klaarheid te brengen zou ik twee punten willen aanstippen. De eerste situatie is die waarin een onderneming met een IE-recht op de productie van bepaalde onderdelen op zeker moment stopt met de productie van die goederen, terwijl er nog wel vraag naar bestaat van de kant van de consumenten. Indien dan een andere onderneming een licentie wil om juist die onderdelen te produceren, maakt de IE-rechthebbende wellicht misbruik van zijn machtspositie indien hij de licentie niet verstrekt. De introductie van een nieuw product wordt in zo'n geval niet letterlijk verhinderd, want het product is niet meer nieuw. De consument wordt echter wel een product onthouden waar nog vraag naar is. In de beschreven situatie kan, in het geval dat er nog veel vraag naar de onderdelen bestaat, de IE-rechthebbende die weigert de onderdelen langer te vervaardigen uiteraard ook aangepakt worden wegens leveringsweigering van de onderdelen zelf.⁷⁴ Hier schieten concurrerende ondernemingen die het onderdeel ook graag zouden produceren echter niets mee op.

De uitoefening van een exclusief IE-recht kan dus ook tot misbruik van machtspositie in de zin van art. 82 EG leiden,

indien de IE-rechthebbende een markt waar vraag naar zijn product bestaat zelf niet (tegen redelijke voorwaarden) bedient en ook geen licentie afgeeft aan producenten die wel aan de vraag willen voldoen.⁷⁵ De vraag in de markt wordt op die manier voor een reeds bestaand product in het geheel niet (meer) beantwoord.⁷⁶

Het uitgangspunt zal zijn dat niet-licentiëring tot misbruik van machtspositie leidt indien de rechthebbende de behoefte die op zijn markt bestaat niet bevredigt doordat hij op die markt niet actief is. Dit is een iets ander criterium dan de maatstaf van de verhindering van de introductie van een nieuw product zoals geformuleerd in *IMS*, maar inhoudelijk komt het op hetzelfde neer. In beide gevallen wordt de consumenten een product onthouden waar behoefte aan bestaat.

Een tweede punt waarop het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden' anders ingevuld zou kunnen worden, bevindt zich vooral op het gebied van de informatietechnologie en softwareontwikkeling. Het gaat hierbij om situaties waarin een softwareproducent (denk aan Microsoft) gevraagd wordt bepaalde informatie vrij te geven zoals interfacecodes, waarmee softwareproducten van concurrenten kunnen gaan 'draaien' op zijn besturingssysteem (denk aan Windows). Deze informatie is vaak IE-rechtelijk beschermd. Een weigering om dergelijke informatie beschikbaar te stellen hoeft niet te betekenen dat daarmee de introductie van een nieuw product wordt verhinderd. Een onderneming kan een softwareproduct op de markt brengen dat zij zelf heeft ontwikkeld (zonder daarbij inbreuk te maken op mogelijk bestaande IE-rechten van een concurrent), terwijl die concurrent eenzelfde soort product ook al op de markt heeft gebracht. Uiteraard verschilt deze situatie sterk van het geval waarin een derde een volledig IE-recht in licentie wil nemen om

⁷¹ Zie E. Derclaye, 'The *IMS Health* Decision: A Triple Victory', *World Competition* 27 (3), 2004, p. 405 en E. Derclaye, 'The *IMS Health* decision and the reconciliation of copyright and competition law', *ELR* (29) 2004, p. 694.

⁷² Belangrijke IE-rechtsgebieden als het octrooi-, model- en merkenrecht staan minimaal zo stevig in de schoenen als het auteursrecht. Voor een principieel restrictievere benadering van de kant van het mededingingsrecht ten aanzien van deze terreinen in vergelijking met het auteursrecht lijkt dus weinig ruimte. Voor een echt ruimhartiger benadering lijkt in dezen ook geen plaats, aangezien bij het auteursrecht al als uitgangspunt geldt dat pas in uitzonderlijke omstandigheden ingegrepen kan worden door het mededingingsrecht.

⁷³ Men moet in ieder geval voorzichtig zijn met de constatering dat de *IMS*-voorwaarden het laatste woord vormen in alle IE-zaken. Een afwijkend feitencomplex zou in uitzonderlijke omstandigheden de conclusie van misbruik van machtspositie kunnen rechtvaardigen, ofschoon niet precies voldaan wordt aan het samenstel van voorwaarden uit *IMS Health*. Zie W.A. Hoyng, noot bij *IMS Health/Commissie*, *M&M* 2002, p. 115, par. 8.

⁷⁴ Zie de arresten *Renault*, r.o. 18, en *Volvo/Veng*, r.o. 9. Maar indien er niet meer zo veel vraag naar de vervangingsonderdelen bestaat, kan de IE-rechthebbende wellicht besluiten om te stoppen met de vervaardiging ervan. Wellicht moet hij dan wel een licentie verlenen van het betreffende IE-recht aan belangstellende ondernemingen die de productie voort willen zetten.

⁷⁵ Voor de toepassing van het communautaire recht dienen dit soort gedragingen natuurlijk wel de handel tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden.

⁷⁶ Vermeldenswaardig is dat in dit geval de factor of er nog steeds een *daadwerkelijke* vraag van de consumenten bestaat naar het betreffende product wel een belangrijke rol zou kunnen spelen bij de vaststelling van misbruik.

met dat recht de rechthebbende op zijn eigen markt te gaan beconcurreren. Het gaat slechts om de vraag of een klein gedeelte van een IE-rechtelijk beschermde innovatie kenbaar kan worden gemaakt aan een concurrent. Met deze informatie wordt het mogelijk voor die concurrent om een goed functionerend softwareproduct op de markt te brengen, zonder dat dit handelsartikel een kloon vormt van het product waarover hij de informatie ontvangt.

In deze situatie zal het Hof van Justitie (Gerecht van eerste aanleg) het hoofdcriterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden' wellicht anders invullen. De voorwaarden uit de 'essential facilities'-doctrine kunnen in dit verband een belangrijke rol spelen. Economische doelstellingen als toename van innovatie, meer concurrentieprikkels en grotere investeringen in onderzoek en ontwikkeling spelen mee in de aanpak van bijvoorbeeld Microsoft. In de oplossing van dit vraagstuk komt ook de 'leverage'-theorie zeker aan bod.⁷⁷

Een voorwaarde die in ieder geval geldt, is dat het onderdeel van het IE-recht waarvoor een licentie wordt gevraagd onontbeerlijk is voor de toegang tot de markt van het andersoortige (maar complementaire) product van de

concurrent. Het gaat erom dat interoperabiliteit tussen product en systeem mogelijk wordt gemaakt. Daarbij mag het gedeelte van het IE-recht dat gelicentieerd dient te worden nooit verdergaan dan absoluut nodig is om de aansluiting op of de communicatie met het besturings-systeem te verzorgen. De licentie mag dus niet zover uitgebreid worden dat daarmee een concurrerend product gemaakt kan worden dat raakt aan de kern van het door het IE-recht beschermde systeem. Mocht de licentienemer toch een concurrerend product (systeem) willen ontwikkelen, dan zal hij dat moeten doen op eigen kracht en zonder daarbij de IE-rechten van de licentiegever te schenden.⁷⁸

Een groot verschil met *IMS*-achtige situaties zou kunnen zijn dat in dit soort zaken de deellicentie op het IE-recht niet de kern gaat vormen van het product van de licentienemer. Zij maakt slechts de communicatie mogelijk van een op zichzelf staand product met het netwerk waar het in terecht zal komen. De IE-rechtelijk beschermde informatie die verstrekt wordt gaat geen materieel of substantieel deel uitmaken van de kernactiviteit of -functionaliteit van het product van de licentienemer.

⁷⁷ Zie J. Langer, 'De Microsoft-zaak en de 'leverage'-theorie', *AM* 2004, nr. 8, p. 169-170.

⁷⁸ Men kan zich voorstellen dat dit geschiedt via het ontwikkelen van een product met een geheel nieuwe techniek maar dezelfde functie als een reeds bestaand IE-rechtelijk beschermd product.